Zur Lehre
vom
formlosen Widerruf der Testamente.

Inaugural-Dissertation,

welche

zur Erlangung der Doctorwürde und venia legendi

mit Genehmigung einer

hochlöblichen juristischen Facultät zu Marburg

einreicht und

am 25. Juni 1875 Vormittags 10 Uhr

öffentlich vertheidigen wird

Gustav Pescatore, Referendar
aus Landsberg a. d. Warthe.

Marburg.
Druck von C. L. Pfeil.

Herrn

Ludwig von Lilienthal

in Verehrung gewidmet

vom Verfasser.

Aufgabe der folgenden Abhandlung wird es in erster Linie sein, zu untersuchen, welche rechtliche Bedeutung der Vernichtung von Testamentsurkunden und der Durchstreichung letztwilliger Dispositionen, insbesondere von Erbeseinsetzungen, beizumessen ist. Die eingehendere Erörterung dieser Fragen wird uns dann Gelegenheit bieten, auch die rechtlichen Folgen anderer Thatsachen, in denen ein Ausdruck des Widerrufswillens gefunden werden kann, in den Kreis unserer Betrachtungen zu ziehen.

Wir finden über den vorliegenden Gegenstand in den Quellen ein ziemlich reichliches Material. Doch scheinen nach der Meinung fast aller Schriftsteller schon die römischen Juristen bei der Beurtheilung der Frage nach der rechtlichen Bedeutung der erwähnten Thatsachen nicht einerlei Meinung gewesen zu sein. Es darf uns daher nicht Wunder nehmen, wenn wir bei der geringen Beachtung, die dieser Materie in der neuern Literatur zu Theil geworden ist, namentlich in den Detailfragen, die widersprechendsten und unmotivirtesten Meinungen vertreten finden.

Im Allgemeinen war man bis in die neueste Zeit darüber einig [1]), daß der Testator ein schriftliches Testament durch absichtliche, physische Vernichtung der dasselbe enthaltenden Urkunde, durch Zerstörung der äußern Zeichen ihrer Solennisirung, sowie durch Unlesbarmachen, oder Durchstreichen ihres gesammten Inhalts wirksam widerufen könne. Seien nur einzelne Verfügungen,

1) Vgl. über das Folgende bespielsweise Windscheid, Pandecten III. §§. 564 u. 673, v. Vangerow, Pandecten, II. §. 460. No. III. 2 u. IV, Mühlenbruch, in Glück's Commentar, XXXIX. S. 84 ff.

insbesondere Erbeseinsetzungen, im Testamente gestrichen, so sollten auch nur diese, jedoch gleichfalls ipso jure, in Wegfall kommen. Häufig — wann? darüber waren sich die einzelnen Schriftsteller weder selbst klar, noch unter einander einig — werde auch die Vernichtung als Indignitätserklärung betrachtet, und es trete alsdann der Fiscus anstatt der Intestaterben ein. Selbst wenn alle Erbeseinsetzungen gestrichen seien, sollten die Legatare, deren Namen der Testator stehen gelassen, dennoch von den Intestaterben, beziehungsweise vom Fiscus, die ihnen ausgesetzten Vermächtnisse fordern können, falls sich nicht der Nachweis, daß der Testator das ganze Testament habe aufheben wollen, erbringen lasse [2]).

Endlich sei bloß zufällige Beschädigung und Zerstörung der Testamentsurkunde ohne alle rechtliche Bedeutung, wenn nur deren Inhalt anderweitig in gehöriger Weise festgestellt werden könne.

Diese Lehre hat zuerst Paul Krüger [3]), wie es mir scheint, nicht ohne Erfolg angegriffen. Durch die Krüger'schen Ausführungen bin ich meinerseits von der Unhaltbarkeit der herrschenden Ansicht überzeugt worden, dagegen kann ich die von ihm gewonnenen Resultate nicht in ihrem ganzen Umfange als richtig anerkennen.

Was mir an den bisher aufgestellten Ansichten hauptsächlich tadelnswerth erscheint — auch die Krüger'sche Arbeit ist von diesem Vorwurfe nicht frei —, ist, daß man sich über das Princip, welches die römischen Juristen der Beurtheilung der obenerwähnten Thatsachen zu Grunde gelegt haben, in völliger Unklarheit befunden hat. Daß dieselben, wie man meinte, bei gleichem Thatbestande bald Indignität, bald Ungültigkeit, beziehungsweise nach Krüger wegen des Mangels der Erfordernisse der B. P^io· sec. tab. und des damit concurrirenden formlosen Widerrufs Unwirksamkeit vermöge von Seiten des Nächstberufenen vorgeschützter doli exceptio — annähmen, versuchten einige aus einer Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen, beziehungsweise einer histo-

2) Die Meinung, daß auch die Intestaterben zur Errichtung der Vermächtnisse verpflichtet seien, wird von Vangerow Mühlenbruch gegenüber, der nur den Fiscus hierzu für verbunden erachtet, vertreten. Vgl. die Citate in Anm. 1.

3) Kritische Versuche im Gebiete des röm. Rechts. 1870. S. 1—40.

rischen Fortentwickelung der einschlägigen Rechtssätze [4]), andere durch die Unterscheidung, ob der Erblasser durch die bezeichneten Handlungen die Erbeseinsetzungen habe widerrufen, oder ob er die eingesetzten Erben als unwürdig habe bezeichnen wollen, zu erklären [5]).

Ich halte diese beiden Ansichten für verwerflich und will im Folgenden meine Meinung dahin zu begründen versuchen, daß jene vermeintlichen Widersprüche lediglich aus mangelhaftem und falschem Verständniß des die vorliegenden Fragen behandelnden Quellenmaterials entsprungen sind, daß die scheinbar widersprechenden Stellen sich dagegen sehr wohl mit einander vereinigen lassen, wenn man sich nur die Mühe nimmt, den jedesmal vorausgesetzten Thatbestand genau zu prüfen.

Das Princip für die Vereinigung wird in dem Zurückgehen auf den Willen des Testators gefunden werden, nur wird man die Berücksichtigung, die demselben von Seiten der römischen Juristen zu Theil geworden ist, schärfer in's Auge zu fassen haben, als dies von den Vertretern der oben verworfenen Ansichten geschehen ist.

Wir wenden uns zur eingehendern Erörterung der Frage nach der rechtlichen Bedeutung einer Testamentsurkunde, welche vernichtet, der äußern Zeichen ihrer Solennisirung beraubt, deren Inhalt, oder deren sämmtliche Erbeseinsetzungen durchstrichen, oder sonst unlesbar gemacht sind.

Was zunächst das jus civile anbetrifft, so ist der für die negotia juris civilis im Allgemeinen geltende Grundsatz: ‘Nihil ‘tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo ‘colligatum est’ [6]), hier mit besonderer Strenge durchgeführt. Ein Testament kann daher jure civili nur durch Errichtung eines neuen Testamentes aufgehoben werden, und ein Widerruf des Testators, wenn er sich auch durch physische Vernichtung der Testamentsurkunde u. s. w. bethätigt hat [7]), ist civilrechtlich völlig irrele-

4) Krüger a. a. O. S 11. u. S. 28. Anm. 1. Keller, Institutionen. S. 401.

5) Vgl. hierzu Windscheid, Pandecten, §. 673. Anm. 1, welcher die letztere Ansicht mit Recht deshalb verwirft, weil in der Unwürdigkeitserklärung eben ein Widerruf liege.

6) L. 35. D. de R. J. (50. 17).

7) Daß eine formlose Willenserklärung, welche nicht mit einer der genannten Zerstörungshandlungen verbunden ist, keinen civilrechtlich wirk-

vant. Einen klaren Beweis hierfür liefert folgende von Studemund [8]) neu gelesene Gaiusstelle:

II. 151. 'Potest, ut jure facta testamenta voluntas con'traria postea infirmet. verum apparet, non posse ex eo 'solo infirmari testamentum, quod postea testator id 'noluerit valere, usque adeo, ut si linum ejus inciderit, 'nihilo minus jure civili valeat, quin etiam si deleverit 'quoque aut obleverit tabulas testamenti, nihilominus 'non desinent valere, quae fuerant scripta, licet eorum 'probatio difficilis sit . . . .'

Daß das jus civile um so weniger Gewicht auf den zufälligen Untergang der Testamentsurkunde legen konnte, versteht sich nach dem Gesagten von selbst.

Ganz anders wurden die genannten Thatsachen nach prätorischem Rechte beurtheilt. Die B. P^io. sec. tab. setzte eine Reihe von Erfordernissen mit ganz formellem Charakter voraus, sie konnte nur auf Grund einer lesbaren [9]), nicht absichtlich durchstrichenen [10]) Erbeseinsetzung in einer wenigstens zur Zeit des Todes des Erblassers noch vorhandenen und mit den unverletzten Siegeln der sieben Zeugen vorschriftsmäßig verschlossenen Testamentsurkunde agnoscirt werden [11]).

Eine Abweichung von dem formellen Charakter der Voraussetzungen der B. P^io. sec. tab. scheint darin zu liegen, daß die Erbeseinsetzungen, auf Grund deren B. P^io. agnoscirt werden soll, nicht absichtlich vom Testator gestrichen sein dürfen. Diese scheinbare Inconsequenz erfordert eine nähere Erläuterung.

Die römischen Juristen ließen, je nachdem eine Streichung vor oder nach Abschluß des Testiracts erfolgt war, eine verschiedene rechtliche Behandlung der durchstrichenen Erbportion eintreten.

---

samen Widerruf des Testaments begründet, ergiebt sich aus L. 36. §. 6. D. de test. milit. (29. 1), L. 22. D. de adimendis (34. 4), L. 4. C. de his quae ut indignis (6. 35). Eine Ausnahme macht hier, wie bei fast allen sich auf Testamente beziehenden Grundsätzen, das Soldatentestament. L. 15. §. 1. L. 34. §. 1. D. de test. milit. (29. 1).

8) Gai institt. comm. quatt. ed. Guilelm. Studemund. Lips. 1874.

9) L. 1. D. si tab. test. extab. (37. 2).

10) L. 2. §. 7. L. 8. §. 3. D. de B. P^ione. sec. tab. (37. 11).

11) L. 1. §§. 2. 3. 5. 7. 10. 11. L. 7. D. B. P^ione. sec. tab. (37. 11). L. un. D. si tab. test. extab. (37. 2).

Den ersten Fall entscheidet Ulpian in L. 1. pr. — §. 2. D. de his quae in test. (28. 4) dahin, daß unabsichtlich Gestrichenes, falls es noch lesbar sei, zu Recht bestände, daß non jussu domini Geschriebenes, sowie non jussu domini erfolgte Streichungen, ohne rechtliche Bedeutung seien, sowie daß absichtlich vom Testator, oder mit seinem Willen Gestrichenes ipso jure nichtig sei, pro non scripto gelte [12]).

Für das nach Vollendung des Testiracts Gestrichene traten andere Grundsätze ein, welche später näher zu erörtern sein werden.

Bei der Frage nach der Zulässigkeit der B. P^io. sec. tab. fällt diese Unterscheidung fort; denn war das Testament bei einer nach Abschluß des Testiracts vollzognen Streichung in dem dazu erforderlichen, eröffneten Zustande belassen, so wurde schon wegen Mangels eines unversehrten linum und des Verschlusses durch die Siegel der sieben Zeugen die B. P^io. sec. tab. nicht eröffnet, war dagegen das Testament wieder vorschriftsmäßig verschlossen worden, so mußte dies als eine zweite prätorische Consummation des Testamentes gelten, und die durchstrichenen Erbeseinsetzungen wurden dann nach den obigen Grundsätzen als nicht geschrieben angesehen [13]).

---

12) Auf den Fall einer Streichung vor Abschluß des Testiracts ist auch zu beziehen L. 8. §. 3. D. de B. P^one. sec. tab. (37. 11) (Julianus): 'Is autem, cuius nomen in testamento voluntate testatoris per-'ductum est, sicut ad adeundam hereditatem, ita ad petendam bo-'norum possessionem scriptus non intelligitur, quamvis nomen ejus 'legatur.' — sowie L. 2. §. 7 eod. (Ulpianus). Im vorliegenden Falle kann man von einem durch die Streichung erfolgten Widerruf der Erbeseinsetzung nicht reden, weil vor Abschluß des Testiracts eine testamentarische Verfügung überhaupt noch nicht vorhanden, sondern nur erst intendirt ist. Die erwähnte Unterscheidung hat aber ein mittelbares Interesse für die vorliegenden Untersuchungen als Hülfsmittel für das leichtere und richtigere Verständniß der übrigen hier in Betracht kommenden Quellenstellen. Die genannte Unterscheidung ist nicht überall strenge gewahrt worden, vgl. z. B. die bei Windscheid. §. 673. Anm. 1. vorkommende unterschiedslose Zusammenstellung von L. 2. §. 7. L. 8. §. 3. D. de B. P^one. sec. tab. (37. 11) mit L. 2. D. de his quae in test. (28. 4).

13) L. 2. §. 7. D. de B. P^one. sec. tab. (37. 11): 'Si con-'sulto sit inductum nomen heredis, indubitanter probatur bono-'rum possessionem eum petere non posse...' (Julianus.)

Die formelle Natur der Erforderniſſe der B. Pio. sec. tab zeigt ſich neben der beſprochenen, ſcheinbaren Ausnahme ſofort wieder darin, daß auch eine zufällige Durchſtreichung einer Erbeseinſetzung bis zur Unlesbarkeit die B. Pio. sec. tab. aus dem Grunde ausſchließt, ‘quia ex conjectura non proprie ‘scriptus videretur’ [14]).

Ob die Urkunde von Anfang an nicht in der erforderlichen Geſtalt errichtet war, ob ſie ſpäter abſichtlich, oder zufällig vom Teſtator, oder ſonſt Jemand vernichtet, zerriſſen, des Verſchluſſes durch die septem testium signa beraubt, oder ihr geſammter Inhalt, — beziehungsweiſe ſämmtliche Erbeseinſetzungen — unlesbar gemacht war, blieb ſich ſchlechthin gleich, die Möglichkeit der B. Pio. sec tab. war damit ausgeſchloſſen.

Nach L. 1. §. 10. D. de B. Pione. sec. tab. (37. 11.) ſcheint es Ulpian, von der hier aufgeſtellten Anſicht abweichend, darauf anzukommen, ob die Zerſtörung u. ſ. w. durch den Teſtator, beziehungsweiſe mit deſſen Willen, vorgenommen ſei, oder nicht:

> ‘Si linum, quo ligatae sunt tabulae, incisum sit, si qui-
> ‘dem alius contra voluntatem testatoris inciderit, bo-
> ‘norum possessio peti potest, quod si ipse testator id
> ‘fecerit, non videntur signatae, et ideo bonorum
> ‘possessio peti non potest’. —

Der letztere Theil der Stelle iſt von vornherein klar. Wenn der Teſtator ſelbſt die Urkunde zerſchnitten hat, ſo iſt die B. Pio. sec. tab. ſchon deshalb ausgeſchloſſen, weil bei ſeinem Tode eine mit den erwähnten Erforderniſſen verſehene Teſtamentsurkunde nicht vorhanden iſt. Dieſen Umſtand allein, nicht etwa den Widerrufswillen des Erblaſſers, hebt auch Ulpian mit den Worten: ‘non videntur signatae, et ideo bonorum possessio peti non ‘potest’ als Grund der Nichteröffnung der B. Pio. sec. tab. hervor. Schon deshalb wird man die Worte: ‘contra voluntatem ‘testatoris’ nicht urgiren dürfen. — Für dieſe Auffaſſung ſpricht ferner die Verbindung dieſes §. mit dem nächſtfolgenden, nach welchem ſelbſt bei caſueller Beſchädigung — ‘si rosae sint a ‘muribus tabulae, vel linum aliter ruptum, vel vetustate ‘putrefactum, vel situ, vel casu’ — einer mit mehr, als der

14) L. 1. D. si tab. test. extab. (37. 2) (Paulus.)

einen zum Verschluß erforderlichen Schnur versehenen Testamentsurkunde Gewicht auf den Umstand gelegt wird, daß wenigstens noch eine dieser mehreren Schnuren halte. Wenn wir nun noch die Entscheidung der L. 1. D. si tab. test. extab. (37. 2) zu Hülfe nehmen, nach der selbst wegen unabsichtlich geschehener Vertilgung einer Erbeseinsetzung bis zur Unlesbarkeit die B. Pio. sec. tab. nur dann gegeben wird, wenn die Streichung 'post 'prolatas tabulas' erfolgt ist, so werden wir die Worte der L. 1. §. 10. cit.: 'si quidem alius contra voluntatem testatoris in-'ciderit bonorum possessio peti potest', nothwendig auf eine erst nach dem Tode des Erblassers vorgenommene Zerstörung beziehen müssen[15]).

War nun wegen der erwähnten Mängel des Testaments die B. Pio. sec. tab. ausgeschlossen, so wurde sofort die B. Pio. intestati eröffnet[16]), und diese war cum re, wenn mit den formellen Mängeln ein formloser, gleichgültig wie geäußerter, Widerruf des civilrechtlich gültigen Testaments zusammentraf.

In diesem Falle behauptete sich der B. Por. ab intestato gegenüber dem im Testamente eingesetzten heres vermittelst einer auf den Widerruf gegründeten doli exceptio im Besitze der Erbschaft, und konnte seinerseits jenem gegenüber die Herausgabe der Erbschaft durch Klage erzwingen; denn er konnte jetzt die aus der civilen Erbenqualität seines Gegners hergeleitete doli exceptio durch doli replica auf Grund des Widerrufs entkräften.

Diesen Fall behandelt Ulpian in L. 1. §. 3. D. de his quae in test. (28. 4.)

> 'Sed consulto quidem deleta petentes exceptione re-'pelluntur, inconsulto vero non repelluntur, sive legi 'possunt, sive non possunt, quoniam, si totum testamen-'tum non extet, constat valere omnia, quae in eo 'scripta sunt, et si quidem illud concidit testator dene-'gabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non 'denegabuntur'.

15) Vgl. Krüger, a. a. O. S. 24. f. Anm. 2.

16) L. 3. D. si tab. test. nullae extab. (38. 6): Ulpianus. 'Bonorum possessio potest peti ab intestato, si certum sit tabulas 'non extare septem testium signis signatas'. —

Die Stelle bespricht in ihrem Eingange den später zu erörternden Fall der Streichung einzelner testamentarischer Verfügungen, uns interessiren daher hier unmittelbar nur die Worte von 'quoniam si totum' ab. Der überlieferte Text hat vielen Anstoß erregt und ist nach der Meinung fast aller Schriftsteller unzweifelhaft verdorben; denn, sagt z. B. Krüger [17]): „Der Satz, „daß, selbst wenn das ganze Testament zu Grunde gegangen, „doch sein Inhalt in Kraft bleibe, kann nicht als Bestärkung des „andern Satzes angeführt werden, daß es für die Aufrechterhaltung des Durchstrichenen darauf ankomme, ob absichtliche „oder zufällige Streichung vorliegt". —

Man suchte sich früher durch eine Verwandlung des 'quoniam' in 'quin etiam' aus der Verlegenheit zu ziehen. Neuerdings hat Mommsen in seiner Digestenausgabe [18]) den Vorschlag gemacht, die Worte 'constat valere omnia, quae in eo scripta sunt, et' als eine in den Text gerathene Glosse zu streichen. Hierdurch wird allerdings die Stelle mit einem Schlage von allem anstößig Erscheinenden gereinigt, doch wird man m. E. zu diesem letzten Mittel nur dann greifen dürfen, wenn jeder andere Versuch, sich mit dem überlieferten Texte abzufinden, sich als resultatlos herausstellt. Mir scheint derselbe, welcher im vorliegenden Falle durch seine Uebereinstimmung mit dem Basilikenauszuge der Synopsis [19]) noch eine besondere Beglaubigung erhält, sehr wohl aufrecht erhalten werden zu können, wenn man die Stelle in folgender Weise versteht:

„Wer etwas (sc. nach Consummation des Testamentes) absichtlich Gestrichenes einklagt, wird vermittelst exceptio doli „zurückgewiesen, — jure civili besteht die Bestimmung trotzdem „zu Recht — ist die Streichung dagegen unabsichtlich geschehen, „so steht diese Einrede nicht entgegen, mag das Geschriebene noch „lesbar sein, oder nicht; denn, selbst wenn das ganze Testament „untergegangen ist, steht es fest, daß (sc. jure civili) alle darin „enthaltenen Bestimmungen gelten, nur tritt auch hier Klagenverweigerung ein, falls der Testator die Zerstörung vorgenommen,

---

17) a. a. O. S. 4.
18) I. S. LXXXV.
19) Vgl. die Nachweisungen bei Krüger a. a. O. S. 5. Anm. 1.

„hat es dagegen ein Anderer wider seinen Willen gethan, so „werden dieselben nicht verweigert."

Das tertium comparationis beider Fälle ist civile Gültigkeit der durchstrichenen, sowie der in einem vernichteten Testamente enthaltenen Verfügungen, und denegatio actionum für den Fall, daß der Testator seine Absicht zu widerrufen durch die genannten Handlungen kund gegeben hat. —

Es läßt sich jedoch, selbst wenn man die Stelle in der hier angegebenen Weise verstehen will, nicht leugnen, daß sich dieselbe mit wenig Mühe hätte besser stylisiren lassen.

In der L. 1. §. 3. cit. liegen die Voraussetzungen der B. P^io.^ sec. tab. nicht vor, damit trifft ein formloser Widerruf des Testaments zusammen, der sich hier in der Vornahme der Zerstörungshandlungen durch den Testator selbst ausspricht, und dies ist ein Grund für den Prätor, die B. P^ores.^ ab intestato, falls der eingesetzte Erbe ihnen dadurch, daß er auf Grund seines civilen Erbrechts Erbschaftsklagen anstellen wollte, Schaden zu bringen drohte, durch denegatio actionum zu sichern. Dieser denegatio actionum in Bezug auf erbschaftliche Singularklagen gegen Dritte entspricht für den Fall, daß der civile Erbe gegen die B. P^ores.^ ab intestato selbst mit Klage vorgehen wollte, die Gewährung einer exceptio doli[20]).

Auf das Zusammentreffen von formlosem Widerruf mit dem Nichtvorhandensein der Erfordernisse der B. P^io.^ sec. tab. ist ferner zu beziehen die ebenfalls von Ulpian herrührende L. 4. §. 10. D. de doli mali exceptione (44. 4):

> 'Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento
> 'contra voluntatem petat exceptione doli mali eum re-
> 'pellere solere: et ideo heres, qui non habet voluntatem,
> 'per exceptionem repellitur'. —

Man hat früher, weil man den Thatbestand der L. 4. §. 10. cit. nicht richtig erfaßt hatte, vielfach eine ganz abnorme Entscheidung in derselben zu finden geglaubt.

Was die Interpretation im Einzelnen anbetrifft, so sind namentlich die Worte: 'heres, qui non habet voluntatem',

20) Vgl. hierüber Krüger a. a. O. S. 5. Anm. 2.

z. B. von Savigny[21]) und Mühlenbruch[22]) in wunderbarer Weise mißverstanden worden. Nach dem Zusammenhange der Stelle, sowie nach ihrem Vorkommen an andern Orten der Pandecten[23]), können die genannten Worte nur in dem Sinne genommen werden: „ein Erbe, der den Willen des Testators „gegen sich hat", d. h. „der in einem vom Testator formlos „widerrufenen Testamente eingesetzt", beziehungsweise „dessen Ein„setzung widerrufen ist".

Es kann nun aber unmöglich ein formloser Widerruf ganz allgemein eine exceptio doli gegen den eingesetzten Erben begründen, das Gegentheil erhellt aus Papinian's Entscheidungen in L. 22. D. de adimendis (34. 4):

> 'Ex parte heres institutus etiam legatum acceperat: 'eum testator inimicitiis gravissimis persecutus, cum 'testamentum aliud facere instituisset, neque perficere 'potuisset, praeteriit, hereditariae ei quidem actiones 'non denegabuntur, sed legatum si petat exceptione 'doli mali submovebitur'. —

und in L. 36. §. 6. D. de test. mil. (29. 1):

> 'Veteranus moriens testamentum jure communi tempore 'militiae factum irritum esse voluit et intestatus esse 'maluit. heredum institutiones ac substitutiones in eodem 'statu mansisse placuit, legata vero petentes exceptione 'doli mali secundum jus commune summoveri'. —

Nach diesen Stellen erzeugt ein formloser Widerruf allein eine exceptio doli nur gegen den Legatar, nicht gegen den Erben. Man wird sich deshalb unter dem heres in L. 4. §. 10. D. de doli mali exceptione. (44. 4) nur einen solchen civilrechtlichen Erben denken dürfen, dem, während er selbst von der B. P^io. sec. tab. ausgeschlossen ist, ein B. P^or. ab intestato gegenübersteht.

21) System, III. S. 379.

22) in Glück's Commentar, XXXVIII. S. 323 ff.

23) Vgl. L. 12. D. de his quae ut indignis (34. 9): 'heredi'bus — qui non habuerunt supremam voluntatem'. L. 1. §. 8. D. si tab. test. nullae extab. (38. 6): 'Si heres institutus non habet 'voluntatem'. —

Endlich ist auch noch eine dritte auf diesen Gegenstand sich beziehende Stelle von Ulpian hier zu erwähnen:

L. 19. §. 2. D. de R. J. (50. 17):

'Non solet exceptio doli nocere his, quibus voluntas 'testatoris non refragatur',

d. h. wenn der B. P^or. ab intestato gegen den heres aus einem — zur B. P^io. sec. tab. nicht qualificirten und zugleich — formlos widerrufenen Testamente klagend vorgeht, so kann dieser ihm eine aus seiner civilrechtlichen Erbenqualität hergeleitete exceptio doli nicht mit Erfolg entgegensetzen[24]). Besaß das widerrufene Testament die zur B. P^io. sec. tab. erforderlichen Eigenschaften, so wurde dieselbe durch einen formlosen, mit der Beseitigung ihrer äußern Requisiten nicht verbundenen Widerruf nicht ausgeschlossen. Dies ergiebt sich einmal aus dem oben besprochenen formellen Charakter der Erfordernisse der B. P^io. sec. tab., sodann steht uns auch ein directes Quellenzeugniß hierfür in L. 11. §. 2. D. de B. P^ione. sec. tab. (37. 11) zu Gebote:

Papinianus: 'Testamento facto Titius adrogandum se 'praebuit ac postea sui juris effectus vita decessit. 'scriptus heres, si possessionem petat, exceptione doli

---

24) Den bisher im Texte besprochenen Fall finden wir auch in der Eingangs erwähnten Gaiusstelle II. 151 behandelt. Leider sind gerade die hier in Betracht kommenden Worte nur sehr unvollkommen erhalten. Auf fol. 92 der Veroneser Handschrift läßt sich nach dem von Studemund aufgenommenen Apographum hinter den bereits oben wiedergegebenen, den Thatbestand enthaltenden Worten noch Folgendes lesen: 'quid ergo est? si quis ab intestato bonorum possessionem peti'erit, et is, qui ex eo testamento heres est, petat hereditatem' — Es folgen jetzt etwa 2½ Zeilen, von denen gar nichts gelesen ist. Huschke (Jurisprud. antejust. Ed. III^a. 1874) restituirt in folgender Weise: 'potest eum per exceptionem doli mali repellere, si modo 'ea mens testatoris fuisse probetur, ut ad eos, qui ab intestato 'vocantur' — und daran schließt sich dann der auf fol. 93 gelesene Text: 'perveniat hereditas: et hoc ita rescripto imperatoris An'tonini significatur'. — Selbstverständlich kann man dieser lediglich auf sonstiges Quellenmaterial gestützten Restitution eine irgend wie entscheidende Bedeutung für die vorliegenden Fragen nicht beimessen. Ueber einen andern, wie im Folgenden näher ausgeführt werden wird, m. E. weniger gelungenen Restitutionsversuch vgl. Krüger a. a. O. S. 14 und unten Anm. 39.

'mali submovebitur, quia dando se adrogandum testator 'cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum 'alienam transferat'. —

Dadurch, daß der Erblasser sich in Arrogation begeben hatte, war das Testament 'irritum' geworden, zugleich liegt darin, wie auch Papinian selbst hervorhebt, der Widerrufswille unzweideutig ausgesprochen, aber dennoch ertheilt der Prätor, nachdem der arrogatus später wieder sui juris geworden ist, auf Grund der vorhandenen äußerlichen Erfordernisse die B. Pio. sec. tab., und es bedarf erst einer doli exceptio, im vorliegenden Falle der civilen Intestaterben, um die B. Pio. zu entkräften.

Unter Festhaltung der bisher gewonnenen Resultate gehen wir nunmehr über zur Interpretation der L. 1. §. 8. D. si tab. test. nullae extab. (38. 6), der Hauptstelle, auf welche sich die oben näher bezeichnete, herrschende Meinung stützte:

'Ulpianus: 'Si heres institutus non habet voluntatem, 'vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel 'quia alia ratione voluntatem testator matavit voluit 'que intestato decedere, dicendum est ab intestato rem 'habituros, qui bonorum possessionem acceperunt'. —

Die Stelle steht mit den dargelegten Ansichten im besten Einklange. Wie uns Ulpian berichtet, erhalten im vorliegenden Falle die Intestaterben die B. Pio. Dies setzt Nichteröffnung der B. Pio sec. tab. voraus; denn eine Concurrenz dieser beiden Arten der B. Pio. ist ebenso undenkbar, wie die der Erbfolge aus Testament und ab intestato überhaupt[25]). Ausgeschlossen aber ist die B. Pio. sec. tab., wie nachgewiesen, sobald nur gewisse Mängel in der äußern Beschaffenheit der Testamentsurkunde vorliegen, während der Umstand, ob der Testator selbst, oder sonst Jemand diese Mängel herbeigeführt hat, hierbei gar nicht in Betracht kommt. Es ist der Nachdruck auf die Worte: 'si heres institutus 'non habet voluntatem', also auf den formlosen mit dem Mangel der Voraussetzungen der B. Pio. sec. tab. concurrirenden Widerruf zu legen; denn erst die auf diesen begründete exceptio doli bewirkt, daß im vorliegenden Falle die B. Pio. der Intestaterben cum re ist. Der Umstand, daß die genannten Handlungen

25) L. 3. D. si tab. test. nullae extab. (38. 6).

vom Testator vorgenommen sind, ist hier nur in soweit relevant, als sich in ihnen ein formloser Widerruf des Testaments zu erkennen giebt. Dies spricht auch Ulpian in den Worten: 'vel quia 'alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato 'decedere' — aus, welche nur folgendermaßen verstanden werden können: „oder weil der Testator in sonst anderer Weise seinen „veränderten Willen und den Wunsch, als intestatus zu ver„sterben (d. h. sein Testament zu widerrufen) kundgegeben hat".

Uebereinstimmend mit Ulpian sagt Paulus in L. 4. D. de his quae in test. (28. 4):

> 'Sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, et hoc 'adprobaverint, qui ab intestato venire desiderant, scrip'tis avocabitur hereditas'. —

Wir finden in dieser Stelle alle aus den früheren Erörterungen sich ergebenden Punkte in Kürze, aber auch in unzweifelhafter Klarheit angedeutet. Der Ausschluß der B. P^io. sec. tab. ergiebt sich aus den Worten 'incidit tabulas', der damit zusammentreffende formlose Widerruf aus 'ut intestatus moreretur'. Die Worte: 'scriptis avocabitur hereditas' deuten darauf hin, daß der Eingesetzte zwar civilrechtlicher Erbe ist, daß das prätorische Recht ihm aber den Nachlaß zu Gunsten der B. P^ores. ab intestato entzieht; daß letztere dabei den Nachweis des formlosen Widerrufs zu führen haben, versteht sich nach allgemeinen civilprocessualischen Grundsätzen von selbst.

In gleicher Weise, wie die L. 4 cit. muß auch die ebenfalls von Paulus herrührende Stelle, Collat. 16. 3. 1.

> 'Intestati (et hi) dicuntur, qui ...... vel ipsi linum, ut 'intestati decederent, abruperunt' — [26])

verstanden werden, nach dem bisher Erörterten bietet ihre Auslegung nicht die geringste Schwierigkeit.

Die bisher betrachteten Stellen ließen sich verhältnißmäßig leicht durch den in ihnen vorliegenden Mangel der Erfordernisse der B. P^io. sec. tab. und den damit concurrirenden formlosen Widerruf des Testaments erklären, dagegen werden uns diese Interpretationsmittel bei der Auslegung der L. 2. D. his quae in test. (28. 4), welche bei oberflächlicher Betrachtung einen den

---

26) Diese Stelle ist von Krüger a. a. O. unberücksichtigt gelassen

vorigen Stellen ganz gleichen Thatbestand und gleiche Entscheidung zu enthalten scheint im Stich lassen.

Die Stelle lautet:

Ulpianus: 'Cancellaverat quis testamentum vel induxerat 'et se propter unum heredem facere dixerat: id postea 'testamentum signatum est. quaerebatur de viribus testa-'menti deque portione eius, propter quem se cancellasse 'dixerat. dicebam, si quidem unius ex heredibus nomen 'induxerit, sine dubio ceteram partem testamenti valere 'et ipsi soli denegari actiones: sed legata ab eo nomi-'natim relicta debebuntur, si voluntas ea fuit testantis, 'ut tantum heredis institutio improbetur. sed si insti-'tuti nomen induxit et substituti reliquit, institutus 'emolumentum hereditatis non habebit. sed si omnia 'nomina induxerit, ut proponitur, adscripserit autem 'idcirco se id fecisse, quia unum heredem offensum ha-'buit, multum interesse arbitror, utrum illum tantum 'fraudare voluit hereditate an vero causa illius totum 'testamentum infirmare, ut licet unus inductionis cau-'sam praebuerit, verum omnibus offuerit. et si quidem 'soli ei ademptam voluit portionem, ceteris nihil nocebit 'inductio, non magis quam si volens unum heredem 'inducere invitus et alium induxerit. quod si putavit 'totum testamentum delendum ob unius malum meritum, 'omnibus denegantur actiones: 'sed an legatariis dene-'gari actio debeat, quaestio est. in ambiguo tamen 'interpretandum erit et legata deberi et coheredum in-'stitutionem non esse infirmandam'. —

Krüger[27]) interpretirt diese Stelle folgendermaßen:

„Der Fall ist der, daß Jemand sein Testament geöffnet und „durchstrichen hatte, wie er sagte, um der Person eines „institutus willen, und dann es wieder von den Zeugen „hatte zusiegeln lassen. Hätte er nur die eine Erbeinsetzung „ausgestrichen, sagt Ulpian, so würden unzweifelhaft nur „diesem Erben die Klagen verweigert werden. Das heißt „also wieder ipso jure gilt auch diese Erbeinsetzung, wie

27) a. a. O. S. 6. f.

„das ganze Testament, der Testator kann seine früheren „Verfügungen auf diesem Wege jure civili nicht zurück„nehmen; aber der Prätor setzt sie außer Kraft, indem er „deren Geltendmachung verhindert. Demgemäß wird auch „das Legat, das dem Erben nominatim auferlegt war, nur „dann ungültig, wenn dies der Wille des Erblassers war, „während Wegfall der Erbeinsetzung jure civili den der „legata nominatim relicta mit sich zog. Ferner entzieht „der Substitut dem institutus den Genuß der Erbschaft, „nämlich durch Agnoscirung der bonorum possessio, durch „exceptio doli oder durch Auswirkung der denegatio actionum. — . . . . .“

Krüger hat sich m. E. hier irre leiten lassen. Unter vorläufiger Uebergehung der übrigen Punkte soll die Unhaltbarkeit seiner Auslegung zunächst an dem vom Substituten Gesagten nachgewiesen werden.

Hat der Testator den Namen des eingesetzten Erben durchstrichen, den des Substituten dagegen stehen lassen, so soll der erstere das emolumentum hereditatis nicht haben, wer dasselbe bekommen solle, ist in der Stelle positiv nicht gesagt, den Umständen nach kann man aber nur annehmen, daß es der Substitut bekomme, andernfalls ließe sich kein vernünftiger Grund, warum Ulpian diesen Fall besonders hervorgehoben hätte, einsehen. Bis hierher stimme ich mit Krüger überein, dagegen ist seine Ansicht über den Rechtsgrund, aus welchem der Substitut die fragliche Portion bekommt, m. E. unhaltbar. Zur Widerlegung der Krüger'schen Ansicht werden wir genauer auf den Thatbestand der Stelle, und namentlich auf die Bedeutung der Worte ‘id postea ‘testamentum signatum est’ eingehen müssen.

Daß sie nicht auf die den ersten Abschluß des Testiracts ausmachende Versiegelung bezogen werden dürfen, ergiebt sich schon daraus, daß in der ganzen Stelle nicht von dem nach L. 1. pr. — §. 2. D. de his, quae in test. (28. 4) für die vor Vollendung des Testaments gestrichenen Bestimmungen eintretenden ‘pro non ‘scripto haberi’ (Nichtigkeit), sondern vom denegare actiones u. dergl. die Rede ist [28]).

28) Vgl. Krüger a. a. O. S. 6. Anm. 2.

Ebenso wenig kann man die genannten Worte von einem nach einer behufs der Dürchstreichung vorgenommenen Beseitigung des ersten Verschlusses von neuem durch die Siegel der sieben Zeugen unter Beobachtung aller civilrechtlichen Testamentssolennitäten erfolgten Verschlusse verstehen; denn alsdann fiele das Gestrichene, als 'ante — sc. secundam — consummationem testa- 'menti' gestrichen, wiederum unter die Entscheidung der L. 1. pr. — §. 2. h. t. (28. 4), oder um den Fall theoretisch in andrer Weise zu construiren, es lägen zwei civile Testamente vor, ein früheres „ohne" und ein späteres „mit der gedachten Durchstreichung," das frühere wäre durch die Existenz des spätern rumpirt, somit die durchstrichene Erbeseinsetzung nichtig, während der Substitut, als Institut des zweiten Testamentes, sowohl jure civili, wie honorario zur Erbfolge berufen würde. Von diesem Falle kann hier keine Rede sein, weil die übrigen Entscheidungen der Stelle nicht im Mindesten zu dem angenommenen Thatbestande passen.

Versteht man die Worte 'id postea testamentum signatum 'est' von einem einfachen durch den Testator selbst — etwa zum Zeichen, daß die Streichung von ihm herrühre, oder in der Absicht, daß nicht unberufene Hände weitere Streichungen vornehmen — erfolgten Verschluß des Testaments, so liegen hier überhaupt die Voraussetzungen einer B. P^io. sec. tab. nicht vor.

Es bleibt jetzt nur noch übrig die gedachten Worte dahin zu verstehen, daß das Testament nach erfolgter Durchstreichung septem testinum signis verschlossen wird, so daß beim Tode des Erblassers die Erforderniſſe der B. P^io. sec. tab. zwar vorhanden sind, aber das Testament, wie es nach seiner zweiten Consummation vorliegt, wegen eines civilen Mangels, etwa wegen unterbliebener nuncupatio oder mancipatio familiae, nur als prätorisches in Betracht kommt. — Selbst in diesem Falle ist jedoch die B. P^io. sec. tab. des Substituten undenkbar, da nach der ebenfalls von Ulpian herrührenden L. 2. D. de injusto (28. 3) ein späteres bloß prätorisches Testament dem heres aus einem früheren gegenüber die B. P^io. sec. tab. cum re nur dann giebt, wenn in demselben im Gegensatz zum ältern civilen Testament die Intestaterben eingesetzt sind [29]). Davon, daß der Substitut im

29) Vgl. Vangerow, Pandecten II. §. 398. No. IV. b u. §. 460. No. II. 1. vgl. unten Anm. 49.

vorliegenden Falle zugleich der Intestaterbe sei, findet sich nun in den oben aufgeführten Worten der Stelle nicht die mindeste Andeutung, und wird sich derselbe demnach wohl schwerlich, wie Krüger annimmt, durch Agnoscirung der B. P^tio. sec. tab. in den Besitz des Nachlasses setzen können. — Mit den bisher benutzten Interpretationsmitteln sind, wie gezeigt, die Schwierigkeiten der L. 2. cit. nicht zu bewältigen, dagegen wird uns die folgende L. 3. h. t. genügendes Auslegungsmaterial bieten, um uns aus der vorliegenden Verlegenheit zu ziehen.

L. 3. D. de his quae in test. (28. 4) Marcellus: 'Proxime 'in cognitione principis cum quidam heredum nomina 'induxisset, et bona ejus ut caduca a fisco vindicaren'tur, diu de legatis dubitatum est et maxime de 'his legatis, quae adscripta erant his, quorum in'stitutio fuerat inducta. plerique etiam legatarios ex'cludendos existimabant. quod sane sequendum ajebam, 'si omnem scripturam testamenti cancellasset [30]): non'nullos opinari id jure ipso peremi quod inductum sit, 'cetera omnia valitura. quid ergo? non et illud inter'dum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, 'satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? 'sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non 'minus justius est quam tutius.' —

An die hier vorgetragene Ansicht des Marcellus schließt sich dann das Urtheil Kaiser Marc Aurels [31]) verbunden mit einer kurzen Darstellung des Ganges der gepflogenen Verhandlungen.

Den in der Stelle vorausgesetzten Thatbestand finden wir am präcisesten in dem genannten Urtheil angegeben:

'Cum Valerius Nepos mutata voluntate et inciderit testa'mentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas

30) Mommsen und Krüger a. a. O. S. 8. wollen an dieser Stelle die Worte: 'at si non omnem cancellasset' einschalten. Ich fasse den Satz: 'quod sane sequendum cet.' als Parenthese auf. Das: 'non 'nullos opinari cet.' ist dann auf das voraufgehende: 'plerique etiam 'legatarios cet.' zu beziehen, und sonach ist m. E. die gedachte Einschaltung zum Mindesten überflüssig.

31) Sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus. (anno 166. p. Chr.)

'eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos, 'qui scripti fuerint, pertinere non videtur . . .'

Auf Grund dieses Thatbestandes vindicirt der Fiscus den Nachlaß als caducum, und zwar war man, wie sich aus der Darstellung des Marcellus ergiebt, über die Caducität der Erbportionen einig; denn es besteht Streit nur zwischen dem Fiscus und den Legataren darüber, ob und in wie weit die Caducität auch auf die Legate zu erstrecken sei.

Daß das Urtheil Marc Aurel's ebenfalls Caducität der Erbportionen annimmt, ergiebt sich aus den vom Kaiser an die advocati fisci gerichteten Worten: 'vos habetis judices vestros', welche nur dahin verstanden werden können: „jetzt, Ihr advocati „fisci, ist es Euere Sache dies caducum für den Fiscus einzu„ziehen." —

Nach dem ganzen Zusammenhange unterliegt es m. E. ferner keinem Zweifel, daß auch schon die im Urtheile erwähnte Constitution von Antoninus Pius für den vorliegenden Fall Caducität angenommen habe.

Caducität der Erbportionen setzt nun aber einerseits civile Gültigkeit des Testaments, andrerseits Wirkungslosigkeit der B. P^io. intestati voraus, weil das Vorhandensein von B. P^ores. cum re die caducorum vindicatio des Fiscus ausschließt.

Es entsteht nun die Frage, wie kommen die bei der gedachten Verhandlung anwesenden Juristen dazu, im Gegensatz zu den oben besprochenen Stellen, im vorliegenden Falle Caducität, oder, was hier gleichbedeutend ist, Wirkungslosigkeit der B. P^io. intestati anzunehmen? —

Es liegt nahe diese Stelle — sowie die übrigen später zu besprechenden, welche vom Rechte des Fiscus (Indignität) handeln — auf einen Fall zu beziehen, wo keine Personen vorhanden sind, welche der Erbe, dessen Einsetzung durchstrichen — Indignus —, von der Erbschaft ausgeschlossen hat [32]); m. E. würde aber, wie gleich dargethan werden soll, auch beim Vorhandensein derartiger Personen nicht anders zu entscheiden gewesen sein.

Im vorliegenden Falle ist die B. P^io. sec. tab. wegen des Aufschneidens der Testamentsurkunde und des Durchstreichens der

32) Vgl. Windscheid, Pandecten. §. 673. Anm. 1.

Erbeseinsetzungen ausgeschlossen, und deshalb wird sofort die B. P^{io.} intestati eröffnet. Auch der zur Begründung der exceptio doli erforderliche Widerruf scheint in den Worten: 'mutata volun'tate et inciderit testamentum suum et heredum nomina in'duxerit' zu liegen. Das von der Eröffnung der B. P^{io.} intestati Gesagte leidet keinen Zweifel, deshalb bleibt hier nur das Vorhandensein des formlosen Widerrufs zu prüfen übrig.

Meines Ermessens ist der hier vorliegende Widerruf nicht zur Begründung der exceptio doli zu Gunsten der Intestaterben qualificirt. Dies ergiebt sich aus der in der L. 3. cit. enthaltenen Darstellung des Ganges der Verhandlungen.

Auf die Frage des Vibius Zeno: 'Rogo, domine imperator, 'audias me patienter, de legatis quid statues?' — antwortet der Kaiser mit der Frage: 'Videtur tibi voluisse testamentum 'valere, qui nomina heredum induxit?' — Cornelius Priscianus, advocatus Leonis (Zenonis?) entgegnet darauf: 'Nomina here'dum tantum induxit'. Wogegen der advocatus fisci Calpurnius Longinus geltend macht: 'Non potest ullum testamentum 'valere, quod heredem non habet.' Nachdem Priscianus nochmals seine Meinung mit den Worten: 'Manumisit quosdam et 'legata dedit' wiederholt, entscheidet Marc Aurel folgendermaßen: 'Causa praesens admittere videtur humaniorem interpreta'tionem, ut ea duntaxat existimemus Nepotem irrita voluisse, 'quae induxit', und beantwortet damit zugleich die oben von ihm selbst aufgeworfene Frage dahin, daß der Wille, die sämmtichen Erbeseinsetzungen zu widerrufen, sehr wohl vereinbar sei mit dem Willen, das Testament als solches aufrecht zu erhalten. Die Unterscheidung eines Widerrufs des Testaments und sämmtlicher Erbeseinsetzungen läßt sich ebenso aus der theoretischen Darstellung unseres Falles im ersten Theile der L. 3. cit. nachweisen.

Marcellus berichtet, daß die Mehrzahl der bei der Verhandlung anwesenden Juristen der Meinung gewesen sei, daß der Widerruf der Erbeseinsetzungen auch denjenigen der übrigen testamentarischen Bestimmungen, namentlich also auch den der Legate, in sich schlösse.

Marcellus macht dagegen geltend, daß die Schlüsse, die man hier ziehen dürfe, nur auf praesumtiones hominis nicht juris beruhten, daß sie deshalb nicht absolut Platz griffen, sondern daß

stets der besondern Lage des Falls Rechnung zu tragen sei. Daß das ganze Testament widerrufen sein solle, könne man mit Sicherheit wohl nur dann annehmen, wenn der Testator den ganzen Inhalt desselben durchstrichen hätte; andrerseits sei es aber auch nicht, wie Einige meinten selbstverständlich[33]), daß nur das Durchstrichene in Wegfall komme; denn man könne sehr wohl annehmen, daß Jemand, der die Erbeseinsetzungen gestrichen habe, in der Meinung gewesen sei, genug gethan zu haben, um als intestatus zu versterben d. h. den Willen, sein Testament zu widerrufen, deutlich genug erklärt zu haben. Nur so können die Worte: 'non et illud interdum credi potest eum, qui here-'dum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut 'intestati exitum faceret?' — verstanden werden[34]).

Das Wichtigste für die vorliegende Untersuchung an der Darstellung des Marcellus ist, daß er den Willen, das Testament als solches zu widerrufen, im Gegensatz zum Widerruf sämmtlicher Erbeseinsetzungen als 'intestati exitum faciendi' voluntas bezeichnet.

Dieser letztere Wille liegt nun in der L. 3. cit. nicht vor.

Aehnlich, wie Marc Aurel sein Urtheil, schließt Marcellus seine Darstellung mit dem Satze: 'sed in re dubia benigniorem 'interpretationem sequi non minus justius est quam tutius'. —

Unserm heutigen Rechtsgefühl erscheint die vorliegende Entscheidung, welche, um die Legate und sonstige nebensächliche Bestimmungen aufrecht zu erhalten, den ganzen übrigen Nachlaß dem Fiscus überantwortet, nicht in dem Grade humana et benigna, daß man dies zweimal in derselben Stelle, kurz hinter einander zu wiederholen brauchte. Als 'humana et benigna'

33) 'id jure ipso peremi' vgl. hierzu Krüger a. a. O. S. 9.

34) Durch die vorliegende Darstellung wird die Ansicht Krüger's (a. a. O. S. 10 u. 11.) widerlegt, der im Anschluß an Keller (Institutionen, S. 401.) annimmt, daß in den von Ulpian und Paulus herrührenden Stellen, nach denen B. P^io. ab intestato eintritt, im Gegensatz zu den Stellen von Marcellus und Papinian, welche Caducität, bez. Indignität annehmen, eine neuere Rechtsentwicklung vertreten werde. Marcellus deute nun, meint Krüger, in den Worten: 'non et illud interdum cet.' schon die Möglichkeit an B. P^io. ab intestato eintreten zu lassen, doch sollten diese Worte bei ihm freilich mehr gegen die Legatare gesagt sein (!)

würden wir viel eher folgende Beurtheilung des vorliegenden Thatbestandes erachten: „Man giebt den B. Pores. ab intestato „die hier zum Ausschluß des Fiscus erforderliche exceptio doli „auch schon auf Grund des Widerrufs der Erbeseinsetzungen und „läßt das Testament, soweit es der Testator aufrecht erhalten „wissen wollte, als Intestatcodicill bestehen".

Dieser billig erscheinende Ausweg scheiterte am Formalismus des römischen Rechts.

Die eingesetzten Erben waren, wie oben nachgewiesen, trotz des formlosen Widerrufs und des damit zusammentreffenden Mangels der Erfordernisse der B. Pio. sec. tab. immer noch civile Erben. Ihnen gegenüber konnten die B. Pores. ab intestato Rechte nur vermöge einer darauf, daß der Testator ab intestato und nicht aus dem Testament beerbt werden zu wollen erklärt hatte, gegründeten exceptio bez. replica doli Rechte geltend machen. Hier, wo ihnen der Wille des Testators, sein Testament aufrecht zu erhalten, entgegenstand, hatten sie weder jure civili, noch honorario irgend welche Ansprüche auf den Nachlaß.

Wollte das römische Recht den Willen des Testators hier thunlichst zur Vollziehung bringen, so konnte dies, abgesehen von einer möglichst sorgfältigen Prüfung und Berücksichtigung des Willens die Legate zu widerrufen, nur dadurch geschehen, daß man durch Zuweisung der Erbportionen an den Fiscus den Personen, welche den erklärten Willen des Testators gegen sich hatten, nichts zukommen ließ. —

Eine Consequenz aus der der Unterscheidung eines Widerrufs des Testaments und eines Widerrufs der einzelnen testamentarischen Bestimmungen hier beigelegten Bedeutung ist, daß der Wille des Testators, die letzte, nebensächlichste Bestimmung im Testamente auch noch zu widerrufen oder aufrecht zu erhalten, darüber entscheidet, ob der ganze sonstige Nachlaß an die Intestaterben oder den Fiscus fällt. Es läßt sich nicht leugnen, daß dieser Satz auf den ersten Anblick etwas befremdend erscheint; dennoch halte ich nach den obigen Ausführungen diese Consequenz für unabweislich.

Mit der hier aufgestellten Ansicht scheint das in den Worten: 'Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non 'habet' — ausgesprochene Bemühen des advocatus fisci Cal-

purnius Longinus, auch die sämmtlichen Legate als widerrufen hinzustellen, in Widerspruch zu stehen, da nach den vorliegenden Ausführungen die Geltendmachung von Rechten seitens des Fiscus gerade von dem Umstande abhängig ist, daß der Testator wenigstens noch eine testamentarische Verfügung hat aufrecht erhalten wissen wollen.

Dieses Bedenken erledigt sich jedoch m. E. durch die Erwägung, daß in den vorliegenden Rechtsstreit nur der Fiscus und die Legatare, nicht auch die Intestaterben verwickelt sind, und daß es dem genannten advocatus fisci hier jedenfalls weniger auf Feststellung allgemeiner juristischer Principien, als vielmehr auf einen möglichst großen Betrag des caducum im vorliegenden Falle ankam.

Caducität tritt nun, wie wir aus der Entscheidung der L. 3. cit. abstrahiren müssen, auch für einzelne durchstrichene [35]) Erbeseinsetzungen ein; dabei gehen dann nach den allgemeinen Grundsätzen über caduca gewisse Personen dem Fiscus vor, so der Substitut, die zu Erben eingesetzten Descendenten und Ascendenten des Erblassers bis zum dritten Grade und die sog. patres in testamento d. h. die im Testamente honorirten Personen, welche Kinder haben.

Noch eine Bestimmung der L. 3. cit. von rein historischem Interesse ist hier zu erwähnen, nämlich die, daß favore libertatis ein Sklave, dessen Freilassung der Testator durchstrichen, nichts desto weniger frei sein solle. —

Kehren wir jetzt zu der vorhin verlassenen L. 2. D. h. t. (28. 4) zurück, so löst sich die Frage nach dem Rechtsgrund, aus welchem der Substitut dort das emolumentum hereditatis erhält, sehr einfach — er schließt, wie bereits erwähnt, den das caducum vindicirenden Fiscus aus [36]).

35) d. h. nach Abschluß des Testiracts gestrichene; denn für die vorher gestrichnen gilt nach L. 1. pr. §. 2. D. h. t. (28. 4) Nichtigkeit.

36) Der für die folgenden Ausführungen grundlegende Gedanke, daß in L. 2. cit. der Substitut jure caduci zur Erbschaft gelange, ist bereits seit einigen Jahren von Ubbelohde in seinen Pandectenvorlesungen aufgestellt worden. Auf Anregung des genannten Gelehrten habe ich die eingehendere Erörterung der vorliegenden Materie in Angriff genommen.

Die übrigen Entscheidungen der L. 2. cit. stimmen mit denen der ebenbesprochenen L. 3. cit. genau überein und bieten ihnen gegenüber nichts Neues.

Wie Marcellus und Ulpian in L. 2. und 3. citt., das Urtheil Marc Aurels und die in diesem allegirte Constitution von Antonius Pius für den Fall der Durchstreichung einer Erbeseinsetzung, oder sämmtlicher Erbeseinsetzungen, bez. sonstiger die B. P^{io.} sec. tab. ausschließender Vernichtung oder Zerstörung der Testamentsurkunde, bei mangelndem Willen das „Testament" zu widerrufen, so hatte ein nicht näher bekanntes Senatusconsult Caducität für den Fall festgesetzt, daß der Testator seinen Widerruf durch Errichtung eines neuen Testamentes bekundet hatte, welches wegen mangelnder testamenti factio der eingesetzten Erben von Anfang an nichtig war.

L. 12. D. de his quae ut indignis. (34. 9).

Papinianus: 'Cum quidam scripsisset heredes, quos in'stituere non potuerat, quamvis institutio non valeret, 'neque superius testamentum ruptum esset, heredibus 'tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam 'voluntatem, abtulit jam pridem senatus hereditatem. 'quod divus Marcus in ejus persona judicavit, cuius 'nomen peracto testamento testator induxerat: causam 'enim ad praefectos aerarii misit: verum ab eo legata 'relicta salva manserunt. de praeceptionibus eidem datis 'voluntatis erit quaestio: et legatum ei non denegabitur, 'nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat'.

Das hier erwähnte Urtheil des 'divus Marcus' ist offenbar dasselbe, wie das, bei dem nach L. 3. D. de his quae in test. (28. 4) Marcellus als Beisitzer mitgewirkt hatte. Es ergiebt sich dies aus der Gleichheit des Falls und der Entscheidung, hier wie dort handelt es sich um die rechtliche Bedeutung nach Vollendung des Testaments gestrichener Erbeseinsetzungen, den in der L. 3. cit. an die advocati fisci gerichteten Worten: 'vos habetis judi'ces vestros' entspricht hier das: 'causam enim ad praefectos 'aerarii misit', ferner spricht für die Identität beider Entscheidungen die gleiche Behandlung der Legate und die damit verbundene Rücksichtnahme auf den Willen des Testators. Nur darin weicht diese Stelle von der L. 3. cit. ab, daß hier In=

dignität, dort Caducität der durchstrichenen Erbportionen angenommen wird[37]).

Das Urtheil Marc Aurel's wird von Papinian noch einmal in L. 16. D. de his quae ut indignis (34. 9) erwähnt: 'Cum 'heredis nomen mutata voluntate pater familias incisis ta-'bulis induxisset, atque ideo fisco portionis emolumentum 'adjudicatum fuisset, eam rem legatariis non obesse divo 'Marco placuit, et ideo cum suo onere fiscum succedere,' doch bietet diese Stelle gegenüber der vorhin besprochenen L. 12. D. h. t. nichts Neues.

Nach der Darstellung des Marcellus in L. 3. cit. muß nun einerseits als erwiesen betrachtet werden, daß das Urtheil Marc Aurel's in der That auf Caducität ging; andrerseits muß man aber auch bei Papinian eine genügende Kenntniß der Entscheidungen Marc Aurel's voraussetzen, und kann nicht einfach (— wie Krüger a. a. O. S. 10 zu thun scheint —) annehmen, daß der berühmteste römische Jurist, sich über das Verhältniß der Caducität zur Indignität nicht recht klar gewesen sei.

Es bleibt somit wohl kaum etwas Anderes übrig, als die „Indignität" in L. 12. cit. für eine spätere Interpolation zu erklären.

Hierfür sprechen zunächst die Worte: 'de praeceptionibus 'eidem datis voluntatis erit quaestio: et legatum ei non de-'negabitur, nisi hoc evidenter testatorem voluisse apparet', welche sich sehr gut mit der Annahme von Caducität, nicht dagegen von Indignität vereinigen lassen.

Ferner ist eine solche spätere Umwandlung von Caducität in Indignität nicht ohne Analogie, sie hat in derselben Weise bei der Incapacität der feminae probrosae stattgefunden, wie sich aus einer Vergleichung von Sueton. Domitianus. c. 8:

> 'Probrosis feminis lecticae usum ademit: jusque capiendi 'legata hereditatesque.'

und L. 41. §. 1. D. de test. milit. (29. 1):

> 'Mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, nec ex 'testamento militis aliquid capere potest, ut divus Ha-'drianus rescripsit',

mit L. 14. D. de his quae ut indignis (34. 9):

37) Vgl. Krüger a. a. O. S. 10.

'Mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis 'fuit, ... non ad mitti ad testamentum jure militiae 'factum, et id quod relictum est ad fiscum pertinere . . .'
ergiebt [38]).

Eine gleiche Umwandlung in Indignität hat mit der ursprünglich wegen verbotner Ehen eintretenden Incapacität stattgefunden. L. 128. de leg. I°. nimmt für den Fall der Ehe des Vormunds mit seiner Mündel Incapacität des ersteren in Bezug auf die Hinterlassenschaft der letztern an.

Marcianus. 'Si tutor pupillam suam contra senatus 'consultum uxorem duxit, illa quidem ex testamento 'eius capere potest. ipse autem non potest . . . .',

während L. 2. §§. 1. 2. D. de his quae ut indignis (34. 9) diesen Fall mit dem der Ehe zwischen einem Provinzialbeamten und einer Provinzialin gleich behandelt und für beide Indignität festgesetzt.

Marcianus: 'Item si quis contra mandata duxerit uxo-'rem ex ea provincia, in qua officium aliquit gerit, 'quod ei ex testamento uxoris adquisitum est divi Se-'verus et Antonius rescripserunt retinere eum non posse, 'tanquam si tutor pupillam contra decretum amplissimi 'ordinis in domum suam duxisset. utroque ergo casu, 'et si ex asse heres institutus adierit hereditatem, fisco 'locus fit: nam quasi indigno ei aufertur hereditas.'

Beide Stellen sind aus Marcian's Institutionen entnommen, und schon hierdurch allein wird die sonst so bequeme Vereinigung derselben durch die Annahme einer Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen ausgeschlossen. Ein weiteres Argument für die Annahme einer spätern Interpolation liefert uns der folgende §. (2. eod.):

'Per contrarium autem ducta tam ab eo, qui officium 'in provincia gerebat, quam a tutore illicite magis est, 'ut dicatur capere illam ex testamento, nec quasi in-'dignam esse repellendam',

wo aus offenbarem Versehen das Wort 'capere' friedlich neben dem unzweifelhaftesten Ausdruck der Indignität stehen geblieben

38) Vgl. Savigny, System II. S. 557 ff.

ist. Nach dem hier Angeführten erscheint es mir nicht zweifelhaft, daß auch die in L. 13. D. de his quae ut indignis (34. 9) und L. 4. C. de inc. nuptiis (5. 5) für die sonstigen Fälle gesetzlich verbotener Ehen angenommene Indignität aus ursprünglicher Caducität hervorgegangen ist, allerdings wird sich dies aus dem uns erhaltenen Quellenmaterial schwer im Einzelnen nachweisen lassen.

Kehren wir nun zu der L. 12. D. de his quae ut indignis. (34. 9) zurück, so wird das Vorgebrachte jedenfalls genügen, um etwaige Zweifel an der oben aufgestellten Meinung, daß Papinian selbst Caducität angenommen habe, zu beseitigen [39]).

Aus der Gleichstellung des Senatusconsults mit der Entscheidung Marc Aurel's folgt dann mit Nothwendigkeit, daß auch ersteres für den von ihm behandelten Fall Caducität feststellte.

Der durch das Senatusconsult geregelte Fall liegt folgendermaßen:

Jemand bekundet den Willen, sein Testament zu widerrufen, dadurch, daß er ein neues Testament errichtet, welches wegen mangelnder testamenti factio der eingesetzten Erben von Anfang an nichtig ist.

Die Frage, warum ein Widerruf des Testaments, wenn ihm überhaupt vom Senat eine rechtliche Bedeutung beigelegt werden sollte, nur zu Gunsten des Fiscus (Caducität) nicht der Intestaterben wirken konnte, erledigt sich einfach folgendermaßen.

---

39) Durch die bisherigen Ausführungen ist zugleich die Unhaltbarkeit des von Krüger (a. a. O. Seite 14) gemachten Versuchs, die Eingangs erwähnte Gaiusstelle II. 151 zu restituiren, dargelegt. Krüger, sagt: „halten wir uns an den Rechtszustand, wie er bei Palpinian anerkannt „ist, so müßten wir etwa so ergänzen:

'vincat quidem necesse est in hereditatis petitione; sed fiscus 'ei quasi indigno auferet hereditatem, ne ullo modo ad eum, 'quem testator heredem habere noluit',

„und daran schließen sich die Worte der folgenden Seite:

'perveniat hereditas et hoc ita rescripto imperatoris Anto-'nini significatur.'

Nebenbei will ich ich hier bemerken, daß die Krüger'sche Restitution, in die Schrift des Veroneser Codex übertragen, einen bedeutend größern Raum einnehmen würde, als für dieselbe frei ist. Vgl. übrigens das in Anm. 24 Gesagte.

Man muß annehmen, daß hier die instituti sowohl civile, als prätorische Erben sind. Bloß civile Erben können sie nicht sein; denn, wie oben nachgewiesen, setzt die Nichteröffnung der B. P^io. sec. tab. nur den Mangel gewisser formeller Erfordernisse der Testamentsurkunde voraus, und davon wird in der Stelle nichts erwähnt. In Ermanglung von B. P^ores. sec. tab. würde die B. P^io. intestati eröffnet werden müssen, und diese würde hier beim Vorhandensein des zur Begründung der exceptio doli erforderlichen Widerrufs cum re sein, mit andern Worten es würde dann hier der oben besprochene Fall der L. 1. §. 8. si tab. test. nullae extab. (38. 6) vorliegen, und demnach auch die dort getroffne Entscheidung in Anwendung kommen müssen. Demnach ist jedenfalls kein Grund vorhanden, den in der Stelle nicht ausgesprochenen Mangel der Erfordernisse der B. P^io. sec. tab. zu subintelligiren.

Ebenso wenig können aber die instituti bloß prätorische Erben sein, da dann wegen des formlosen Widerrufs die B. P^io. sec. tab. derselben den civilen Intestaterben gegenüber sine re sein würde [40]), folgeweise auch der Nachlaß nicht jure caduci an den fiscus, sondern jure civili hereditario an die Intestaterben fallen würde.

Es bleibt somit nur die obige Annahme, daß die instituti hier sowohl civile, als prätorische Erben sind übrig. Den überhaupt nicht berufenen Intestaterben kann daher auch der Widerruf des Testaments im vorliegenden Falle keine Rechte geben, ebenso wenig wie irgend einem sonstigen Dritten, wollte man daher im vorliegenden Falle dem Widerrufswillen des Testators eine rechtliche Wirksamkeit verleihen, so konnte dies, wie auch in L. 3. D. de his quae in test. (28. 4), nur negativ in der Weise geschehen, daß man dem, welcher den erklärten Willen des Testators gegen sich hatte, Nichts aus dem Nachlaß zukommen ließ; damit war dann die Nothwendigkeit, die betreffende Verlassenschaft dem Fiscus zu überweisen, gegeben.

Auch nachstehendes Rescript des Kaisers Alexander Severus scheint mir ursprünglich von Caducität gehandelt zu haben.

L. 4. C. de his quae ut indignis. (6. 35):

'Hereditas in testamento data per epistolam vel codi-

40) Vgl. hierzu unten S. 31.

'cillos adimi non potuit. quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus declaraverat, 'merito eius portio non jure ad alium translata, fisco 'vindicata est.' —

Außer der Analogie der obigen Fälle, welche diese Ansicht für sich hat, scheinen mir die Worte: 'non jure ad alium translata' für dieselbe zu sprechen. Ich beziehe dieselben auf das Nichtvorhandensein von Substituten, oder sonstigen Personen, welche bei der Annahme von Caducität hier den Fiscus ausgeschlossen haben würde.

In der L. 4. cit. kommen die Intestaterben schon deshalb nicht in Betracht, weil sich der Widerruf nur auf eine einzelne Erbeseinsetzung bezieht. Nach Analogie der eben besprochenen L. 12. cit. bezweifle ich aber nicht, daß sich Alexander Severus gleichfalls für Caducität und nicht für Eintreten der Intestaterben entschieden haben würde, wenn das ganze Testament widerrufen worden wäre. Die Sache liegt hier genau so, wie dort, der Umstand, daß sich dort der Widerruf in der Errichtung eines ungültigen Testaments, hier dagegen durch ein gültiges Codicill bekundet, kann keinen Unterschied in der rechtlichen Behandlung begründen.

Mit der Entscheidung der L. 4. cit. steht die von Papinian in der bereits oben besprochenen L. 22. D. de adimendis (34. 4) niedergelegte Ansicht in Widerspruch.

Nach der L. 22. cit. sollen, falls der Testator seinen Willen eine Erbeseinsetzung zu widerufen dadurch an den Tag gelegt, daß er ein anderes Testament zu machen begonnen, aber nicht zu Ende gebracht hat, dem Erben die erbschaftlichen Klagen nicht verweigert werden, demnach hat der formlose Widerruf hier gar keine Wirkungen.

Es liegt kein Grund vor zu einer verschiedenen Behandlung eines Widerrufs, der sich durch Errichtung eines von Anfang an nichtigen Testamentes und einem solchen, der sich durch den Versuch ein Testament zu errichten, welches aber nicht zu Stande gekommen ist, ausspricht. Beide Handlungen sind an sich ohne irgend welche rechtliche Bedeutung, sie erhalten diese nur durch die Berücksichtigung des ihnen zu Grunde liegenden Widerrufswillens.

Es läßt sich der zwischen beiden Stellen bestehende Widerspruch nur dadurch erklären, daß diesen Widerrufsarten nur allmälig im römischen Rechte eine Berücksichtigung zu Theil geworden ist [41]).

Die römische Jurisprudenz hatte die Lehre vom rechtlich wirksamen formlosen Widerruf für die Fälle ausgebildet, in welchen den Erben aus dem widerrufenen Testamente gegenüber B. P^ores. ab intestato vermöge doli exc. Rechte geltend zu machen suchten; wo mit B. P^io. und doli exceptio nichts auszurichten war, griff man zu Gelegenheitsbestimmungen, wie sie das Senatusconsult in L. 12. D. de his quae ut indignis und das Rescript von Alexander Severus in L. 4. Cod. eod. aufweisen, welche, wie sehr leicht erklärlich, anstatt ein allgemeineres Princip zu enthalten, genau den Besonderheiten des concret vorliegenden Falls angepaßt sind.

Ich glaube deshalb, man überschreitet das Maß erlaubter Analogie nicht, wenn man die in L.L. 12. u. 4. citt. angegebene Wirksamkeit jedem irgend wie gehörig bekundetem Widerrufe zugesteht.

Justinian hat nun in L. un. C. de. cad. tollendis (6. 51) die Caducität aufgehoben. Man wird demnach für das neueste römische Recht in den hier behandelten Fällen des Widerrufs durchweg Indignität annehmen müssen. Dabei bleiben im Allgemeinen die im römischen Recht gegebenen Entscheidungen practisch, nur wird jetzt, anders als während geltender Caducität, der Substitut durch den Fiscus ausgeschlossen, und dem entsprechend ist jetzt die Entscheidung Ulpian's in L. 2. D. de his quae in test. (28. 4) zu modificiren.

In den bisher besprochenen Fällen war der institutus entweder nur nach civilem, oder zugleich nach civilem und prätorischem Rechte gerufen, es bleibt jetzt noch die Möglichkeit übrig, daß er nur nach prätorischem Rechte gerufen ist.

Wie dargelegt, giebt der Widerruf des Testaments im ersten Falle den B. P^ores. ab intestato eine exceptio doli und auf Grund derselben die B. P^io. cum re, im zweiten Falle können

---

41) Vgl. auch die ebenfalls von Papinian herstammende L. 36. §. 6. D. de test. milit. (29. 1) oben Seite 10 f.

die weder jure civili, noch honorario berufenen Intestaterben eben so wenig, wie sonst beliebige Dritte, von der exceptio doli Gebrauch machen, dagegen bewirkt der Widerruf, daß anstatt der instituti der Fiscus eintritt, es bleiben somit nur noch die Fälle, in denen der institutus bloß prätorischer Erbe ist, zur nähern Besprechung übrig. —

Die B. P^io. sec. tab. aus einem bloß prätorischen Testamente war cum re:

I. gegenüber dem heres ab intestato,

1. wenn es dem Testamente nur an gewissen Formrequisiten gebrach, sog. 'testamentum non jure factum' 42). Hier hatte Kaiser Antonius verordnet, daß die, welche die B. P^io. sec. tab. non jure factas agnoscirt hätten, sich gegenüber den civilen Intestaterben durch doli exceptio sollten schützen können 43).

2. Wenn ein Testament durch capitis diminutio des Erblassers irritum geworden, derselbe aber vor seinem Tode die Testamentsfähigkeit wiedererlangt hat, so ist die B. P^io. sec. tab., falls deren sonstige Erfordernisse vorliegen nicht ausgeschlossen 44), nur ist diese B. P^io. dem civilen Intestaterben gegenüber sine re. Hat der Testator jedoch, nachdem er wieder sui juris geworden, den Willen ausgesprochen, aus dem erwähnten Testamente beerbt zu werden, so sagt Papinian 45): 'voluntas, quae defecerat 'judicio recenti redisse intellegetur'; und nach der Entscheidung

---

42) Gai. II. 119 u. 149. — 'velut si testamentum ideo non 'jure factum sit, aut quod familia non venierit, aut nuncupationis 'verba testator locutus non sit'.

43) Gai. II. 120.

44) §. 6. J. quib. mod. test. inf. (2. 27), Gai. II. 147, Ulp. XXIII. 6.

45) L. 11. §. 2. D. de B. P^ione sec. tab. (37. 11.) Papinianus. 'Testamento facto Titius adrogandum se praebuit ac postea 'sui juris effectus vita decessit. scriptus heres, si possessionem 'petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se adro'gandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et 'domum alienam transferat. plane si sui juris effectus codicillis aut 'aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, 'quae defecerat, judicio recenti redisse intellegetur, non secus ac 'si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, 'ut priores supremas relinqueret . . . .'.

dieser Stelle ist dann hier die B. Pio. sec. tab. den civilen Intestaterben gegenüber cum re.

3. Dasselbe findet nach L. 12. D. de injusto (28. 3) dann statt, wenn ein Testament durch agnatio postumi rumpirt worden, dieser aber vor dem Tode des Testators bereits wieder weggefallen ist. In diesem Falle soll nämlich der in dem 'juris 'scrupulositate nimiaque suptilitate' allerdings rumpirten Testamente eingesetzte Erbe nach einem Rescripte Hadrian's den Nachlaß dennoch vermöge B. Pio. sec. tab. erhalten, oder mit andern Worten, es soll dieselbe cum re sein.

II. Je nach den Umständen war die B. Pio. sec. tab. aus einem bloß prätorischen Testamente cum re gegenüber dem heres ex posteriore testamento [46]), oder dem heres ab intestato, wenn der Testator ein späteres Testament in der Absicht, ein früheres wieder gelten zu lassen, widerrufen hatte, und mit dem Widerruf eine die B. Pio. sec. tab. ausschließende Vernichtung oder Beschädigung des spätern Testaments zusammentraf. War dieses zweite Testament jure civili gültig, so stand dem B. Por. ex priore testamento der heres ex posteriore, andernfalls der heres ab intestato gegenüber.

Gegen Beide hat der B. Por. sec. tab. aus dem bloß prätorischen Testamente die doli exceptio, will er seinerseits klagend vorgehen, so können sie ihm eine solche auf Grund ihrer civilen Erbenqualität nicht entgegensetzen; denn: 'non solet exceptio 'doli nocere his, quibus voluntas testatoris non refra-'gatur' [47]) [48]).

III. Endlich war die B. Pio. sec. tab. auf Grund eines bloß prätorischen Testamentes cum re gegenüber dem heres ex priore testamento, wenn in dem spätern Testamente, nicht dagegen in dem frühern, die Insteſtaterben eingesetzt waren [49]).

Widerruft nun in den vorstehend genannten Fällen der Testator das bloß prätorische Testament, so wird die B. Pio. dar-

46) Dieser Fall ist von Krüger a. a. O. übersehen worden.

47) L. 19. §. 1. D. de R. J. (50. 17.)

48) Papinian in L. 11. §. 2. de B. Pione. sec. tab. (37. 11.) Vgl. Anm. 45.

49) L. 2. D. de injusto. (28. 3) Vgl. hierzu Vangerow, Pandecten, II. §. 398. No. IV. b. und §. 460. No. II. 1.

aus sine re; denn nun ist der B. P^or. selbst ein solcher, 'qui 'non habet supremam voluntatem', und die doli exceptio steht ihm nicht mehr zu Gebote. Hierauf deuten die Worte Papinian's in L. 11. §. 2. D. de B. P^ione. sec. tab. (37. 11) hin: 'non 'enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus 'exceptionis, quae in hoc judicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit aestimatur'. —

Dadurch daß Theodos II. im Jahre 439 die civile und prätorische Testamentsform zu einer einheitlichen verschmolzen hat[50]), ist ein Gegenüberstehen eines „civilen" und eines „bloß „prätorischen" Testamentes undenkbar geworden, und damit fallen die oben sub I. 1. und III. genannten Fälle des wirksamen formlosen Widerrufs fort, der sub. II. aufgeführte reducirt sich dagegen auf das Gegenüberstehen des B. P^or. ex priore und des heres ex posteriore testamento. Auch der sub I. 3. aufgestellte Fall muß für das heutige Recht als durch Nov. 115 erledigt gelten, wenn man sich gegen die Annahme absoluter Nullität entscheidet.

Durch Theodos II. ist nun aber die Wirksamkeit des formlosen Widerrufs in eben derselben Constitution vom Jahre 439 nach einer andern Richtung hin auch erweitert worden. Er bestimmt dort in §. 5. ein testamentum jure consummatum solle bei späterer Willensänderung nur durch ein anderes jure consummirtes entkräftet werden, es sei denn, daß der Testator im ersten Testamente Andere, als die Intestaterben, im spätern dagegen diese eingesetzt habe, alsdann solle, selbst wenn das zweite Testament nicht bis zur Vollendung gediehen — 'licet imper'fecta videatur scriptura posterior', — das erstere dennoch entkräftet werden, endlich solle der nachherige Wille des Testators 'non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati 'valere'. —

Nach den bisherigen Ausführungen kann der Sinn der letzten Worte nicht zweifelhaft sein, sie können nur dahin verstanden werden, es solle die secunda voluntas nicht als Testament, sondern nur sofern sich der Wille als intestatus zu versterben

50) Nov. Theod. 16 = L. 21. C. de test. (6. 23.)

dadurch bekundet, d. h. mit andern Worten nur als Widerrufswille rechtliche Bedeutung haben[51]).

Gänzlich zu verwerfen ist die Ansicht derer, welche die Worte: 'sed quasi voluntatem intestati valere' dahin verstehen, daß der nachherige Wille als Intestatcodicill gelten solle[52]). Die zur Errichtung von Codicillen und die hier zur Wirksamkeit des Widerrufs geforderten Voraussetzungen sind, wie sich aus den Worten: 'in qua voluntate quinque testium juratorum de-'positiones sufficient, quo non facto valebit testamentum' ergiebt, ganz verschiedene. Es fragt sich für die Wirksamkeit des Widerrufs nur, hat der Testator ein Testament angefangen, in welchem er seine Intestaterben einzusetzen beabsichtigte — 'scribere 'instituit' —, und kann dies durch fünf beeidigte Zeugen bewiesen werden? — Die Zeugen sind also hier nur Beweis- nicht Solennitätszeugen. Dies schließt nicht aus, daß nicht auch im einzelnen Falle zugleich die Erforderniße eines Intestatcodicills vorliegen können, nothwendig ist dies Zusammentreffen keineswegs.

Im Uebrigen berührt die Theodosische Constitution die Lehre vom formlosen Widerruf der Testamente nicht. Man wird die Worte in §. 5. cit.: 'non alias (sc. testamentum), quod ante 'factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundo 'facere testator instituit, jure fuerit consummatum, nisi forte....' nicht so verstehen dürfen, als ob Theodos die oben erwähnten Fälle des wirksamen formlosen Widerrufs habe beseitigen wollen, er konnte unmöglich eine von der ihm vorliegenden ganz entfernte Materie von Grund aus umzugestalten beabsichtigen; denn es handelt sich — abgesehen von den in L. 12. D. de his quae ut indignis und L. 4. C. eod. enthaltenen Entscheidungen —, wie schon Papinian bemerkt, bei jenen Widerrufsfällen nicht so sehr um die sich auf Testamente beziehenden

51) Diese Auslegung findet eine Unterstützung in der gleichen Bedeutung der Ausdrücke: 'voluitque intestato decedere' in L. 1. §. 8. D. si tab. test. null. extab. (38. 6), 'ut intestatus moreretur' in L. 4. D. de his quae in test. (28. 4), 'ut intestati decederent' in Coll. 16. 3. 1. und 'ut intestati exitum faceret' in L. 3. D. de his quae in test. (28. 4.) Vgl. Krüger, a. a. O. S. 30 f. Anm. 3.

52) Windscheid, Pandecten, §. 565. Anm. 6., Vangerow, Pandecten, II. §. 460. Nr. II. 1., Fein, in Glück's Commentar, XLV. S. 237 ff.

Rechtsgrundsätze, als vielmehr um den Einfluß der doli exceptio[53]).

Eine weitere die vorliegende Lehre betreffende Constitution rührt von Justinian her.

Anschließend an ein Gesetz von Honorius, nach welchem Testamente durch den bloßen Ablauf von zehn Jahren ihre Kraft verlieren sollten, verordnet er[54]):

'sin autem testator tantummodo dixerit non voluisse
'prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo con-
'trariam apperuerit voluntatem et hoc vel per testes
'idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestaverit,
'et decennium fiat emensum, tunc irritum esse testa-
'mentum tam ex contraria voluntate, quam ex cursu
'temporali'. —

Auch diese Constitution berührt die obigen Grundsätze als auf dem Wesen der exceptio doli, dem der B. P^io. und ihrem Verhältniß zur civilen Erbfolge beruhende nicht.

Der ursprüngliche Gegensatz zwischen beiden Successionsarten war im neuesten römischen Rechte verschwunden. Dessen ungeachtet wurden die obigen Sätze in Justinian's Compilation aufgenommen, und somit stehen sie noch heute gemeinrechtlich in Geltung, freilich nicht mehr aus den historischen Gründen, welche ihre Entstehung veranlaßten, sondern als positive Sätze des römischen Rechts.

Im heutigen Recht ist der formlose Widerruf des Testaments wirksam in folgenden Fällen:

I. Wenn die Testamentsurkunde bei Lebzeiten des Erblassers, sei es mit oder ohne dessen Willen, absichtlich oder zufällig vernichtet, oder derartig beschädigt worden ist, daß nach römischen Grundsätzen die B. P^io. sec. tab. ausgeschlossen gewesen wäre[55]).

Demnach muß die bisherige gemeine Meinung über die Bedeutung einer vom Testator absichtlich vorgenommenen Vernichtung oder Beschädigung der Testamentsurkunde als durchaus

53) Papinian in L. 11. §. 2. D. de B. P^ione. sec. tab. (37. 11.) 'non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus 'exceptionis'.

54) L. 27. C. de testamentis. (6. 23) vom Jahre 530.

55) L. 1. §. 8. D. si tab. test. nullae extab. (38. 6.)

irrig verworfen werden, und es muß im Gegensatz zu derselben die Frage, wie und durch wen jene Handlungen erfolgt seien, als eine an sich rechtlich vollständig irrelevante bezeichnet werden. Nur mittelbar können jene Thatsachen als für den Widerrufswillen concludente Handlungen von Bedeutung sein[56])[57]).

II. Der formlose Widerruf des Testaments ist ferner wirksam in dem in L. 11. §. 2. D. de B. P^ione. sec. tab. (37. 11) behandelten Falle des durch capitis diminutio irritum gewordenen Testaments[58]),

III. Sowie in dem Fall des testamentum superius posteriore ruptum nach derselben L. 11. §. 2. D. de B. P^ione. sec. tab.[59])

In diesen drei Fällen wird jetzt nach Wegfall der Grundsätze über die Agnoscirung der B. P^io. dem institutus gar nicht mehr deferirt, sondern es tritt ipso jure Delation an den Intestaterben, beziehungsweise im Falle sub III. an den heres ex posteriore testamento ein.

IV. Jeder sonstige gehörig bekundete Widerruf des Testaments, sowie einer, mehrerer oder sämmtlicher Erbeseinsetzungen begründet Indignität[60]).

Ein innerer Grund für die Unterscheidung und verschiedene Behandlung der unter I.—III. und der unter IV. aufgeführten Fälle liegt nicht mehr vor, dennoch wird man nach dem Grundsatz: 'Cessante ratione legis non cessat lex ipsa' für das heute geltende gemeine Recht an den aufgestellten Grundsätzen festhalten müssen; dagegen ist man de lege ferenda zu fordern berechtigt, daß ein jeder gehörig bekundete formlose Widerruf Ungültigkeit der widerrufenen letztwilligen Verfügung, bez. des widerrufenen Testaments, und somit Eintreten der Nächstberufenen (Intestaterben, Substituten, Accrescenzberechtigten) bewirke[61]).

---

56) Krüger a. a. O. S. 36 a. E.

57) Vgl. hierzu L. 30. C. de testamentis. (6. 23) und Krüger a. a. O. S. 33. Anm. 2.

58) Vgl. oben sub I. 2.

59) Vgl. oben sub II.

60) Vgl. das oben zu L. 3. D. de his quae in test. und zu L. 12. D. de his quae ut indign. sowie zu L. 4. C. eod. Gesagte.

61) Vgl. die Ausführungen bei Krüger, a. a. O. S. 38 ff.